ARION SAYÃO ROMITA

Livre-docente de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Do Instituto dos Advogados Brasileiros

DIREITO DO TRABALHO

Noções Fundamentais

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-fonte,
Câmara Brasileira do Livro, SP)

R673d
Romita, Arion Sayão.
Direito do trabalho: noções fundamentais. São Paulo, LTr, 1975.
160 p.

Bibliografia.

1. Direito do trabalho. 2. Direito do trabalho — Brasil I. Título.

75-0869
CDU-34:331
-34:331(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito do trabalho 34:331(81)
2. Brasil : Direito trabalhista 34:331(81)
3. Direito do trabalho 34:331
4. Direito trabalhista 34:331

LTr EDITORA LTDA.
R. Xavier de Toledo 114 - 1.º andar
Fones 33-5716 e 32-7564
SÃO PAULO
1975

A meus Pais

pode ser objeto de transação: a indisponibilidade do direito o subtrai ao poder de disposição de seu titular(155). No direito do trabalho, portanto, há limites à transação; nem todos os direitos podem ser transacionados. É a natureza dos interesses em jogo que caracteriza a espécie de indisponibilidade dos direitos; segundo essas espécies de indisponibilidade, os direitos poderão, ou não, ser objeto de transação. A indisponibilidade pode ser: a) absoluta — há interesse público envolvido (ex.: salário-mínimo, que não comporta transação, nos termos dos arts. 117 e 118 da CLT); b) relativa — o interesse prevalente é o da categoria, por isso, em relação ao trabalhador isolado, o direito não pode ser transacionado, embora seja por natureza disponível (ex.: certos benefícios decorrentes de convenção coletiva ou sentença normativa)(156); c) limitada — o interesse é apenas do empregado e, portanto, pode ser objeto de transação, desde que não lhe acarrete prejuízo (ex.: o salário contratual)(157).

---

mas mais importantes do direito do trabalho, que embora contrário ao princípio da renúncia de direitos, não poderia repelir sistematicamente instituto tão eficaz em direito privado como é a transação (*Naturaleza Jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1943, ps. 62-63). Acentua DÉLIO MARANHÃO que, se se trata de autêntica transação... não há falar em renúncia, e a transação é válida quando não se refere ao direito, mas às suas conseqüências patrimoniais (*Direito do Trabalho, cit.*, p. 26).

(155) DORVAL DE LACERDA, *ob. cit.*, p. 188. PROSPERETTI, *ob. cit.*, p. 101.

(156) O art. 872, parágrafo único, da CLT, faculta aos sindicatos de empregados, independentemente de outorga de poderes de seus associados, apresentar reclamação tendente ao cumprimento de sentenças normativas ou convenções coletivas.

(157) Com propriedade, adverte JAVERT DE SOUZA LIMA (*Da Interpretação no Direito do Trabalho*, Belo Horizonte, 1958, p. 15) que o princípio da irrenunciabilidade... não envolve um absolutismo intransigente na sua aplicação, e que não reconheça, conseqüentemente, as naturais fronteiras impostas pela boa razão. E cita palavras de PEREZ BOTIJA, segundo as quais se a irrenunciabilidade se deformasse até chegar a uma interpretação abusiva da mesma, dar-se-ia o caso de carecer de valor toda declaração de vontade relativa ao cumprimento de qualquer dever por parte da empresa. O esquema do texto é o apresentado por DÉLIO MARANHÃO, *Direito do Trabalho, cit.*, p. 24.

CAPÍTULO XXI

FRAUDE À LEI

1. Conceito e prova; 2. Hipóteses de fraude; 3. Nulidade dos atos praticados em fraude à lei.

1. Nem sempre os empregadores aceitam de boa vontade os preceitos protecionistas do trabalho. Por vezes, contam mesmo com a colaboração de seus empregados, premidos por coação ou desconhecimento do verdadeiro alcance da norma, para frustrarem a aplicação da lei(158).

O art. 9.º da Consolidação declara nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos. O art. 203 do Código Penal comina a pena de detenção de um mês a um ano a quem frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho.

A fraude à lei consiste no emprego de meios lícitos para a obtenção de resultados ilícitos. Quem *viola* a lei infringe *objetivamente* o texto legal; quem age *em fraude à lei* não ofende a *letra*, mas foge ao império do preceito legal, contrariando conscientemente a finalidade por ele perseguida. Por exemplo: viola a letra da lei o empregador que deixa de conceder férias ao empregado no prazo previsto pelo art. 131 da CLT; age em fraude à lei o empregador que despede o empregado, indenizando-o, e o readmite, apenas para evitar que ele adquira o direito de estabilidade.

Não é possível exigir-se prova plena em matéria de fraude; por esse motivo, o art. 252 do CPC de 1939 admitia que a fraude pudesse ser provada por indícios e circunstâncias.

2. Em certas hipóteses de fato, a fraude era praticada com maior freqüência. Por isso, a lei adotou regras especiais, podendo ser lem-

---

(158) Fato freqüentemente observado na prática e que não escapa à observação dos doutos: MICHEL DESPAX (*ob. cit.*, p. 28), ARNALDO SUSSEKIND, *Instituições*, I, *cit.*, p. 258.

bradas as seguintes: a) não perde o direito a férias o empregado que, durante o período aquisitivo, for dispensado e readmitido dentro dos 60 dias subseqüentes à sua saída (CLT, art. 133, *a*); b) tem direito a férias proporcionais o empregado que for despedido sem justa causa antes de completar a aquisição do período (CLT, art. 142, parágrafo único, Lei n.º 5.107, de 13-9-1966, art. 26); c) integram a remuneração do empregado as diárias para viagem que excedam de 50% do salário percebido (CLT, art. 457, § 2.º); d) considera-se por prazo indeterminado todo o contrato que suceder, dentro de 6 meses, a outro contrato por prazo determinado (art. 452); e) aos contratos por prazo determinado que contiverem cláusula que permita a rescisão antes do prazo, aplicam-se os princípios relativos aos contratos por prazo indeterminado, caso o contrato seja rescindido por qualquer das partes (art. 481) (159).

Nos termos do art. 120 do Código Civil, reputa-se verificada quanto aos efeitos jurídicos a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. A despedida imotivada de trabalhadora grávida faz presumir a intenção de frustrar o pagamento do salário-maternidade (CLT, art. 393); por esse motivo, o Prejulgado n.º 14 do Tribunal Superior do Trabalho dispõe que "empregada gestante dispensada sem motivo, antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade" (o Decreto-lei n.º 229, de 28-2-67, alterou o período de descanso para 4 semanas antes e 8 depois do parto).

3. Os atos praticados em fraude à lei, em regra, são nulos: não produzem o efeito desejado por quem os praticou. Em alguns casos, o dano causado pelo ato malicioso é reparado de acordo com expressa determinação legal. Por exemplo: na primeira hipótese (nulidade), cita-se a "despedida fictícia" — todo o tempo de serviço é computado, sendo considerada nula a dispensa do empregado, mesmo tendo havido pagamento de indenização(160); no segundo caso (reparação específica), o empregador pagará a indenização em dobro, se despedir o empregado com o intuito de evitar que ele adquira o direito de estabilidade (CLT, art. 499, § 3.º).

---

(159) As hipóteses *sub. b, c* e *d* são citadas por ARNALDO SUSSEKIND, *Instituições*, I, *cit.*, p. 262, e *Comentários*, I, *cit.*, p. 220.

(160) Configura-se a hipótese prevista no art. 9.º da CLT quando é a empregada readmitida logo após a dispensa (despedida com indenização e quitação plena, mas obstativa de aquisição da estabilidade), com o mesmo salário e o mesmo cargo (Ac. TST — 3.ª Turma — Proc. 3.738/58 — Rel. Min. HILDEBRANDO BISAGLIA — Rev. do TST, 1961, p. 107, n.º 7.371). Essa jurisprudência se cristalizou na Súmula 20 do Tribunal Superior do Trabalho.

CAPÍTULO XXII

INFLUÊNCIA DO CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO SOBRE OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE SUAS NORMAS

1. Três orientações diferentes; 2. Corrente do "direito de classe"; 3. Corrente do "tertium genus"; 4. Corrente da autonomia relativa.

1. O conceito de direito do trabalho exerce inegável influência sobre as diretrizes que orientam o esforço do intérprete, na aplicação da lei. Quem não reconhece a autonomia do direito do trabalho, preferindo considerá-lo parte do direito comum, adotará os princípios de interpretação dominantes no direito civil. Para aqueles que advogam a separação total, esta solução não satisfaz; devem formular regras de interpretação específicas do direito do trabalho. Finalmente, os que afirmam a autonomia relativa encontram uma solução intermediária.

2. A corrente que vê no direito do trabalho um direito de classe preconiza a adoção de princípios diversos daqueles que vigoram no direito comum. Segundo MARIO DE LA CUEVA, a primeira e talvez a regra básica de interpretação do direito do trabalho consiste em julgá-lo de acordo com sua natureza, isto é, como estatuto que traduz a aspiração de uma classe social para obter, imediatamente, a melhoria de suas condições de vida; os ideais de dar satisfação às necessidades, que poderiam ser chamadas vitais, de uma classe social. Os ideais jurídicos e morais são um reflexo das necessidades econômicas(161). Ocorre que, se as normas de direito do trabalho têm caráter de exceção em face das normas de direito comum, elas não podem ser interpretadas de maneira extensiva ou analógica: *exceptiones sunt*

---

(161) MARIO DE LA CUEVA, *ob. cit.*, p. 334.

strictissimae interpretationis(162). Por esse motivo, MARIO DE LA CUEVA reconhece que intepretar o direito do trabalho conforme sua natureza não quer dizer criá-lo e se isto é possível no direito civil quando há lacunas na lei, não pode ser feito no direito do trabalho ante a diversa função das fontes formais do direito. É das formas próprias de criação do direito do trabalho — contrato coletivo, sentenças normativas, costumes, etc. — e não da jurisprudência a tarefa de outorgar vantagens econômicas aos trabalhadores. O direito do trabalho é um mínimo de garantias em benefício dos obreiros, mas outros procedimentos e não a jurisprudência são os veículos de sua evolução(163).

3. A corrente que identifica no direito do trabalho um *tertium genus* insiste em afirmar o caráter protecionista de suas normas e encontra nele regras próprias de interpretação. CESARINO JÚNIOR admite que, para a interpretação do direito social, as suas próprias leis fixam, no Brasil, algumas regras. Menciona o art. 8.º da Consolidação. Coerentemente, não considera as leis sociais sujeitas a uma interpretação restritiva. Preconiza, em certos casos, a aplicação retroativa das leis sociais. Parece-lhe claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é o empregado(164).

4. Finalmente, o meio termo. DEVEALI, que sustenta a autonomia relativa do direito do trabalho(165), aceita sua definição como um *direito especial* em face do direito civil(166). Quando se admite

---

(162) CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica, cit.*, ps. 280-293.

(163) MARIO DE LA CUEVA, *ob. cit.*, ps. 334-335. Procede a crítica que ANTONIO LAMARCA faz à concepção de MARIO DE LA CUEVA: na verdade, o princípio de favor não é conseqüência de nos encontrarmos frente a um direito de classe, como quer LA CUEVA; temos que decorre da natureza do direito do trabalho, que, desgarrando o contrato individual do direito civil, instituiu um *regime de garantias mínimas para todos aqueles que vivem do trabalho subordinado, pouco importando sua condição social.* Se o legislador outorgou o mínimo, é mais do que evidente que, na dúvida, deve-se presumir *que a intenção fora a de favorecer o trabalhador subordinado.* Dessa afirmação decorre, logicamente, outra: nada impede que se estatuam cláusulas contratuais mais benéficas do que as concedidas pelo legislador, *ainda derrogando, neste caso, normas de ordem pública* (*Contrato Individual, cit.*, p. 43) — grifos do original.

(164) *Direito Social,* 1.º vol., *cit.*, ps. 65-66.

(165) *Ob. cit.*, p. 20.

(166) *Ob. cit.*, p. 24. Escreve êle: ainda que seja diferente do direito comum (o direito do trabalho), não está em contraposição com o mesmo,

que o espírito da legislação do trabalho consiste em outorgar um amparo aos trabalhadores, não se reconhece que isto constitua sua *única e última* finalidade. Em muitos ordenamentos, e não somente nos de caráter corporativo, o amparo especial que se outorga aos trabalhadores constitui simplesmente um meio para reconstituir o equilíbrio entre os diferentes fatores que concorrem na produção e defender desta maneira o bem-estar de toda a coletividade(167).

Esta é, sem dúvida, a orientação dominante em nossos dias. Embora não haja unanimidade na doutrina(168), sustenta-se a necessidade de distinguir o momento legislativo do momento jurisdicional: na elaboração da norma, o legislador dispõe da mais ampla liberdade para alargar as vantagens outorgadas às classes trabalhadoras pela legislação anterior ou para criar novos benefícios; já, porém, na aplicação da norma vigente, o juiz há de ser imparcial. Orientação diversa, como esclarecem G. BAYON CHACON e PEREZ BOTIJA, pode tornar-se contrária ao chamado estado de direito(169).

---

representando antes um novo desenvolvimento de seus preceitos básicos em determinada direção ou uma adaptação dos mesmos ante novas situações especiais.

(167) DEVEALI, *ob. cit.*, p. 154.

(168) Ouve-se dizer com freqüência que o direito do trabalho deixou de revestir o caráter protecionista que teve em sua origem, para converter-se em um direito encarado como um elemento de organização social e econômica. Não penso assim. Antes de tudo, é mister não confundir *qualidade e essência* com tendência. O protecionismo do direito do trabalho é uma qualidade essencial que determinou seu nascimento e justifica sua razão de ser... A melhor demonstração de que o caráter protecionista do direito do trabalho não é uma mera contingência histórica, mas uma *qualidade essencial* de seus meios, é que cada vez que os trabalhadores conseguem maiores benefícios sociais, os empregadores tratam de fazer frente à conquista descarregando seu custo sobre os consumidores, a maior parte dos quais — desnecessário é destacá-lo — são os próprios trabalhadores (RODOLFO A. NAPOLI, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Buenos Aires, 1969, ps. 60-61).

(169) A orientação favorável ao trabalhador, que não gera problemas jurídicos no momento legislativo, pois a lei em sentido formal pode resolver cada questão com absoluta liberdade, derrogando o direito contrário precedente, apresenta-os no momento regulamentar ou jurisprudencial. Até que ponto podem a administração ou o juiz forçar licitamente a interpretação literal dos textos para lograr um "avanço social", para obter um resultado favorável aos trabalhadores? Ambos já atuaram com nobre audácia jurídica na matéria, em contraste com a timidez legislativa; mas, na realidade, esse esforço propulsor de uma política social, mais ou menos admissível nos momentos iniciais de nossa legislação trabalhista, não aparece hoje tão lógica e, às vezes, pode tornar-se contrária ao chamado estado de direito (G. BAYON e E. PEREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo,* vol. I, Madrid, 1967-8, ps. 225-226). Esta orientação se ajusta à moderna concepção sobre os fins do direito do trabalho,

A última solução exposta é a que mais se coaduna com o estágio atual da legislação do trabalho no Brasil. O direito do trabalho é dotado de autonomia relativa (não separação absoluta do direito comum); é um direito especial, não de exceção, ou de classe; não possui regras de interpretação especificamente suas; na interpretação e aplicação de suas normas, deverá ser levada em conta a finalidade social a que elas se dirigem.

tais como descritos por ANTONIO LAMARCA: o direito do trabalho colima obter, em primeiro lugar, os mesmos fins que se propõe qualquer outro ramo da ciência jurídica, ou seja, o ordenamento de determinadas relações sociais, inspirando-se em determinado ideal de justiça. Em segundo lugar, a proteção dos trabalhadores se converteu, assim, no lema principal do nascente direito laboral. Tal proteção constitui, ainda hoje, uma de suas principais finalidades, mas talvez já não seja a mais importante, e, ademais, já não tem por objeto a defesa do trabalhador contra a arbitrariedade do seu empregador senão a sua defesa contra os perigos e as ameaças decorrentes dos progressos técnicos na execução do trabalho (*Contrato Individual, cit.*, p. 4).